

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Vizepräsidentin Dr. Huber als Vorsitzende und die Hofrätinnen und Hofräte Dr. Hoch, Dr. Kalivoda, Mag. Dr. Wurdinger und Mag. Malesich als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dipl.-Ing. (FH) B\*\*\*\*\* W\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Michael Augustin, Rechtsanwalt in Leoben, gegen die beklagte Partei A\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Peter Schaden, Mag. Werner Thurner, Rechtsanwälte in Graz, wegen 36.251,80 EUR und Feststellung, über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 10. August 2012, GZ 3 R 132/12z-79, den

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

Die außerordentliche Revision wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen.

### **B e g r ü n d u n g :**

1. Die gerügte Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt nicht vor. Die Geltendmachung

eines vom Berufungsgericht verneinten (angeblichen) Mangels des Verfahrens erster Instanz ist nach ständiger Rechtsprechung im Revisionsverfahren nicht zulässig (RIS-Justiz RS0042963, RS0106371).

Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf die Verneinung der vom Kläger bereits mit seiner Berufung gerügten Verletzung der Bindungswirkung nach § 499 Abs 2 ZPO im Zusammenhang mit einer im zweiten Rechtsgang geänderten Feststellung. Die Frage der Bindungswirkung ist eine rein prozessuale (vgl 7 Ob 234/08z, 1 Ob 41/08y). Im Übrigen ist es für den Ausgang des Verfahrens auch unerheblich, ob die Wundinfektion bei der Operation oder bei der Nahtentfernung erfolgte. Da feststeht, dass kein Behandlungsfehler vorlag, erweist sich der nachfolgende Verlauf der Wundheilstörung als schicksalhaft.

2. Für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers und seine Kausalität in Bezug auf den eingetretenen Schaden ist der Patient beweispflichtig. Der Schadenersatz begehrende Kläger muss einen (sehr) hohen Grad der Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers beweisen (RIS-Justiz RS0026412).

2.1. Nur wenn der Beweis eines Behandlungsfehlers erbracht wurde, sind nach der Rechtsprechung wegen der besonderen Schwierigkeiten eines exakten Beweises geringere Anforderungen an den Nachweis der Kausalität des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Schaden zu stellen; der Anscheinsbeweis reicht aus (RIS-Justiz RS0038222).

2.2. Nach den den Obersten Gerichtshof bindenden Tatsachenfeststellungen der Vorinstanzen steht ein Behandlungsfehler insbesondere auch im Zusammenhang mit der Antibiotikatherapie gerade nicht fest. Die Beklagte musste

daher auch nicht beweisen, dass ein früherer Beginn der Antibiotikatherapie keinen positiven Anreiz auf den Heilungsverlauf gehabt hätte. Eine Schadenersatzhaftung der Beklagten scheidet aus.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 14. November 2012  
Dr. H u b e r  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: